

CEDAM

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E DIRETTA DA
WALTER BIGIAVI E ALBERTO TRABUCCHI
(1955-1968) (1955-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA - FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN - ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI - GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI - PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO - VINCENZO SCALISI
PIERO SCHLESINGER - PAOLO SPADA - VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI - ERIK JAYME
DENIS MAZEAUD - ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

Luglio-Agosto
2016

edicolaprofessionale.com/RDC



Wolters Kluwer

SALVATORE PATTI

Prof. ord. dell'Università di Roma «La Sapienza»

RIFLESSIONI SULLA “TEORIA DEL DIRITTO PRIVATO”. (A PROPOSITO DI UNA RECENTE ANTOLOGIA)

SOMMARIO: 1. Un progetto originale, tra tradizione e innovazione metodologica. – 2. Rapporti tra diritto privato e altre discipline. – 3. Storia del diritto, comparazione giuridica e codificazioni. – 4. Ordinamento sociale, valori e diritto privato. – 5. Responsabilità civile e altri strumenti di allocazione del costo degli incidenti. – 6. Il contratto e le relazioni di affari non contrattuali. – 7. Diritto transnazionale e ordinamenti privati. – 8. Norme giuridiche, regole sociali e accordi in occasione del divorzio. – 9. Una breve conclusione.

1. – I due volumi di *Privatrechtstheorie*⁽¹⁾, che raccolgono scritti di circa settanta autori di diversi paesi nonché contributi dei tre curatori, Stefan Grundmann, Hans-W. Micklitz e Moritz Renner, si segnalano al lettore italiano perché rappresentano il brillante risultato di un progetto originale e ambizioso, nonché uno strumento di grande utilità per lo studioso attento alla teoria del diritto e ai rapporti tra scienza giuridica, sociologia ed economia⁽²⁾. L'opera, che si distingue per il carattere interdisciplinare e per il continuo riferimento alle principali culture giuridiche, è divisa in cinque parti e ciascuna parte in capitoli (complessivamente 27). Soltanto alcuni di essi, per ovvi motivi, costituiranno oggetto di questa presentazione.

Il primo volume si apre con una introduzione che riguarda i più importanti indirizzi dogmatici e le discipline abitualmente ricondotte al “diritto privato”.

Esempio significativo del metodo prescelto e nel contempo “manifesto” delle finalità perseguite è il saggio iniziale di Stefan Grundmann che affronta il tema (per usare un'espressione di Michele Giorgianni) degli

(1) *Privatrechtstheorie*, Band I e II, a cura di Stefan Grundmann, Hans-W. Micklitz, Moritz Renner, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.

(2) Questi temi sono stati affrontati in occasione di un seminario organizzato dall'Università degli Studi di Bologna: per un ampio resoconto, v. A.M. GAROFALO-F. MEZZANOTTE-F.P. PATTI, *L'insegnamento del diritto civile: prospettive metodologiche (a proposito di un recente convegno)*, in questa *Rivista*, 2015, p. 643 ss.

“attuali confini del diritto privato”, e in particolare di ciò che a livello scientifico può considerarsi all’interno o all’esterno di questo settore dell’ordinamento giuridico.

Si esaminano pertanto gli indirizzi che muovendo dall’analisi economica del diritto, dalla sociologia, dalla scienza del comportamento, dalla filosofia o dal diritto costituzionale hanno arricchito il campo della riflessione del civilista, consentendogli di rispondere in modo innovativo alle questioni relative al mercato, al contratto e soprattutto all’essere umano ed alle organizzazioni in cui si sviluppa la personalità.

Certamente condivisibile la scelta di collocare, subito dopo il suddetto saggio introduttivo, alcune pagine del celebre volume di Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenvwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, del 1972.

Come è noto, infatti, l’opera di Esser rappresenta una delle più vigorose critiche del positivismo giuridico e in particolare del (modo tradizionale in cui viene inteso il) sillogismo giudiziale, tendendo a dimostrare che ogni applicazione della legge si basa su di una interpretazione in cui giocano un ruolo essenziale fattori assiologico-valutativi. Come osserva Pietro Rescigno, nell’introduzione alla edizione italiana dell’opera⁽³⁾, “la “precomprensione” – lungo l’itinerario che va dagli ampi ‘orizzonti’ di attese collettive, attraverso l’anticipazione del senso e delle soluzioni possibili, alla ricerca del più diffuso consenso – è strumento capace anche di ricavare dalla legge ciò che non vi è dichiarato, o meglio la “legge non dichiarata”, più di quanto non sia il ruolo “politico” del giudice o una sua istituzionale funzione creativa dell’ordinamento”.

Esser, pur restando fedele alla necessità dell’interpretazione della legge, si distacca dalla figura del giurista tradizionale, attento quasi esclusivamente al dettato della propria scienza ed estende la riflessione alla filosofia, alla sociologia e alla economia. Il suo contributo, nel contesto dell’opera che si commenta, serve quasi a spiegare al lettore la ragione e l’utilità di quelli successivi, l’apertura a discipline diverse e a nuovi criteri metodologici. Come lo stesso Esser ha rilevato, attraverso il metodo, il giurista cerca una “legittimazione” e la scelta di un metodo risponde spesso a motivi “non spiegabili”, ma che in genere cercano di conciliare il compito di valutazione conforme alle esigenze della vita con i parametri

⁽³⁾ *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, Napoli 1983, p. IX.

normativi, in modo da pervenire ad una decisione comprensibile e plausibile.

Subito dopo il saggio di Esser, per completare il primo capitolo, vengono riprodotte alcune pagine di Joseph Raz che affronta il tema del rapporto tra “autorità e interpretazione”, offrendo anzitutto un elenco delle caratteristiche della interpretazione da considerare essenziali (p. 100). Secondo Raz, una buona interpretazione non deve soltanto offrire “conoscenza”, ma deve consentire di “comprendere” e, poiché diversi significati sono spesso possibili, occorre configurare in tal senso un “pluralismo interpretativo”. Alcune buone interpretazioni, inoltre, sono innovative, e ciò accade perché esse, pur non mutando l’“oggetto”, ne rivelano un nuovo significato, generando un modo originale di comprenderlo, che consente il cambiamento nel segno della continuità.

2. – Anche i capitoli successivi rispettano lo schema descritto, contenendo una introduzione di uno dei curatori e (parti di) alcuni saggi particolarmente significativi. Così, il secondo capitolo, dedicato al rapporto del diritto privato con la sociologia, si apre con acute riflessioni di Moritz Renner, il quale sintetizza efficacemente il passaggio metodologico dalla “teoria pura del diritto” di Hans Kelsen agli indirizzi metodologici, dominanti soprattutto nella seconda metà del secolo scorso, che hanno recepito le indicazioni delle scienze sociali, in particolare della sociologia e dell’economia⁽⁴⁾.

Le radici della svolta si trovano peraltro in opere della prima metà del secolo scorso, ad esempio nel libro di Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* del 1922, che mette in luce l’influenza della rivoluzione industriale e della conseguente divisione del lavoro sull’evoluzione del diritto privato, e, già prima, nell’opera di Émile Durkheim, il quale – a differenza di Weber – riduce il ruolo “individualizzante” del contratto rispetto ad un comune denominatore sociale offerto da diffusi convincimenti e rappresentazioni di valore. Alla introduzione di Renner seguono noti scritti di Weber e di Durkheim.

Il terzo capitolo è dedicato all’analisi economica del diritto. Il significato di questa innovativa tendenza metodologica è illustrato nella introduzione di Grundmann, il quale ricorda i diversi contributi dei maggiori protagonisti (Coase, Posner, Calabresi, Williamson) e tiene conto del pru-

⁽⁴⁾ Nella nostra dottrina, per un analogo indirizzo interpretativo, v. N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in questa *Rivista*, 1968, I, p. 297 ss.

dente accoglimento che essa ha avuto nel continente europeo, perfino negli ambienti culturali che le hanno dedicato grande attenzione (scuola di Friburgo) ⁽⁵⁾. Particolarmente interessante l'evoluzione della idea originaria verso una *Institutionenökonomik*, studiata negli anni recenti, anche in Germania e in Italia, sotto il profilo della *governance* ⁽⁶⁾.

L'analisi economica del diritto, grazie al contributo di Oliver Williamson, si sposta così dal settore inizialmente privilegiato della responsabilità civile al diritto contrattuale e al diritto della società, soprattutto per quanto concerne i contratti a lungo termine tra imprese, contratti c.d. "relazionali" che non si limitano a disciplinare uno scambio ma configurano forme e strutture organizzative ⁽⁷⁾. Il modo di concepire il diritto contrattuale si avvicina pertanto agli accordi di tipo organizzativo riscontrabili nel diritto societario.

Il dialogo con le scienze sociali, allargato alla teoria dei sistemi, riprende nel capitolo quarto con una introduzione di Renner e saggi di Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. Come messo in luce da Renner, il contributo di Luhmann è particolarmente interessante anche per il giurista, non soltanto dal punto di vista della sociologia del diritto, ma anche per l'originale riflessione su temi come la funzione del contratto, il rapporto tra potere giudiziario e potere legislativo ed il concetto stesso di diritto positivo e di sistema giuridico. Mentre, per quanto concerne Habermas, vengono indicati i pregi e limiti della *Diskurstheorie*, che si sforza di colmare il vuoto tra i fatti e il loro contesto normativo, cioè tra il mondo della vita (*Lebenswelt*) e la razionalità del sistema.

3. – Nel capitolo quinto, introdotto da Micklitz, viene affrontato il rapporto tra storia del diritto privato e comparazione giuridica; un rapporto definito "squilibrato" alla luce del fatto che la comparazione non è concepibile senza l'analisi storica, mentre appare più complessa una risposta in merito alla rilevanza della ricerca comparata per l'analisi storica.

⁽⁵⁾ Nel senso, tuttavia, che la prospettiva dell'analisi economica del diritto possa servire oggi in Europa per soddisfare «le esigenze di dare vita ad un sistema di regole uniformi» v. la Presentazione di E. AL MUREDEN alla ristampa della trad. it. del libro di G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano 2015, p. XXXV.

⁽⁶⁾ Cfr. soprattutto S. GRUNDMANN-F. MÖSLEIN-K. RIESENHUBER (eds.), *Contract governance. Dimensions*, in *Law and Interdisciplinary Research*, Oxford 2015.

⁽⁷⁾ V., per tutti, S. GRUNDMANN-F. CAFAGGI-G. VETTORI (eds.), *The Organizational Contract: From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, Berlin et al. 2013.

All'appello di Reinhard Zimmermann per una *comparative legal history* si oppone che il diritto comparato non ha nulla da offrire alla storia del diritto, come sarebbe confermato dal fatto che molti comparatisti hanno iniziato il loro lavoro di ricerca come storici mentre non si sarebbe mai verificato il contrario: affermazione che si può agevolmente smentire ricordando l'evoluzione degli ambiti di ricerca e del metodo di Gino Gorla.

La risposta può cogliersi comunque in una sintetica e decisa frase di Zimmermann, secondo cui la storia del diritto costituisce una parte "genuina" della scienza giuridica, che abbraccia la comparazione giuridica. Come è noto, questa affermazione dello studioso tedesco si inquadra nella sua concezione, critica rispetto ad una codificazione del diritto privato europeo e favorevole invece ad una valorizzazione dello *ius commune* quale base per la sua formazione, tesi che, a sua volta, ha trovato oppositori sia riguardo alla "rivitalizzazione" dello *ius commune*, sia riguardo alla "fusione" di storia del diritto e comparazione giuridica.

La concezione di Zimmermann trova sostegno nel noto saggio di Wieacker, *Voraussetzungen europäischer Rechtskultur*, del 1985⁽⁸⁾, pubblicato subito dopo l'introduzione di Miklitz, che, seguendo la tradizione dello *ius commune*, accoglie una idea di cultura giuridica europea basata su una concezione di scienza giuridica che abbraccia storia del diritto e comparazione giuridica ed offre le fondamenta per l'integrazione europea.

Altro aspetto di grande interesse consiste nella contrapposizione tra le tesi tradizionali, che si concentrano soprattutto sulla ricerca di un comune denominatore culturale (Franz Wieacker) e la moderna *Legal Origin Theory* (LOT), secondo cui la configurazione di un sistema giuridico influenza lo sviluppo economico e le possibilità di sviluppo economico di un paese.

Tra le pagine di diritto comparato, sia pure collocate nel capitolo dedicato al "diritto come prodotto" (insieme al saggio di Roberta Romano, *Law as a Product*), non potevano certo mancare quelle iniziali della *Einführung in die Rechtsvergleichung* di due "padri" della materia, Konrad Zweigert e Hein Kötz, del 1996⁽⁹⁾, che tra l'altro sottolineano l'aiuto offerto dalla comparazione al moderno legislatore (si pensi all'evoluzione della legislazione nei paesi che facevano parte del sistema sovietico), il quale – seguendo l'insegnamento di Jhering – non deve avere riguardo

⁽⁸⁾ Una traduzione in lingua inglese, di E. BODENHEIMER, è pubblicata in *The American Journal of Comparative Law*, 38 (1990), 1-29, con il titolo *Foundations of European Legal Culture*.

⁽⁹⁾ Tradotto in lingua italiana da B. Pozzo, con il titolo *Introduzione al diritto comparato*, I e II, a cura di A. di Majo e A. Gambaro, Milano 1998.

alla “nazionalità” di una soluzione giuridica ma soltanto alla sua adeguatezza rispetto allo scopo perseguito, come pure all’interprete del diritto nazionale e al professore di materie giuridiche che può spiegare meglio il diritto del proprio ordinamento giuridico attraverso il confronto con quello di altri paesi.

In questo contesto può ricordarsi altresì il prezioso saggio di Franz Wieacker su *“Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft”*, del 1963, che analizza il comune modello sociale dei codici liberali e la necessità di un adeguamento degli ordinamenti giuridici del continente rispetto alle mutate esigenze manifestatesi nel corso dell’ultimo secolo, in primo luogo a seguito del tramonto della vecchia classe dominante.

4. – Nella seconda parte, che comprende cinque capitoli, vengono trattate problematiche di centrale rilevanza, tra loro strettamente connesse: ordinamento sociale e diritto privato; valori nel diritto privato e “costituzionalizzazione” del diritto privato.

Gli scritti iniziali di Franz Böhm, John Rawls e Luigi Mengoni affrontano la questione del rapporto tra principi “moralì”, esigenze di “giustizia” e parametri di “efficienza”.

Grundmann, nella sua approfondita introduzione, indica i punti sui quali il pensiero dello studioso italiano “completa” quello di Böhm e di Rawls, sottolineando che qualsiasi teoria proveniente dalle scienze sociali deve essere “ri-costruita” dalla scienza giuridica alla luce della costituzione e dei “valori” del sistema. L’ordinamento del mercato non si esaurisce quindi al livello delle regole di concorrenza ma deve essere concepito tenendo conto di una pluralità di fattori, in modo da tendere – come impone l’art. 3 della Costituzione italiana – alla «realizzazione di un ordine giusto della società economica» (p. 527). Si risponde in tal modo al quesito sulla funzione del diritto nella vita economica: mero strumentario posto a disposizione dell’autonomia privata o timone (“strumento attivo” nella terminologia di Mengoni) del processo economico che viene indirizzato per il raggiungimento di determinati scopi, in particolare esigenza di “giustizia materiale” e “ordine giusto della società economica” (Mengoni).

Di valori parla anche Moritz Renner, che introduce il capitolo dedicato a questo tema cercando di offrire una risposta alla questione del peso che essi hanno nella decisione del giudice, tenendo conto della tradizionale distinzione, dagli incerti confini, di valori interni ed esterni all’ordinamento giuridico. In questo contesto si affronta anche il dibattuto tema dell’uso (e dell’abuso) delle clausole generali, in alcuni periodi storici utilizzate per

offrire un fondamento a decisioni aberranti ma ammantate dai “valori” affermati dal potere politico e condivisi da larga parte della comunità sociale.

La problematica viene trattata nei noti contributi di Ronald Dworkin, *Taking rights seriously* e di Duncan Kennedy, *The Paradox of American Critical Legalism*. Il primo riguarda in primo luogo gli “hard cases”, cioè le fattispecie che il giudice è chiamato a decidere ma che non sono disciplinate da una norma né da un precedente giurisprudenziale. Secondo la tesi di Dworkin, anche in tali casi il giudice deve comunque trovare la regola nel sistema giuridico servendosi dei principi e motivare la sua decisione argomentando sulla base dei diritti – che vengono distinti, in modo non del tutto convincente, in diritti astratti e diritti concreti – dei soggetti da tutelare. Il ricorso ai principi comporta inevitabilmente un richiamo ai valori, ma ciò non implica una decisione “politica” poiché si muove comunque da principi giuridici: è da escludere pertanto qualsiasi preoccupazione sotto il profilo della divisione dei poteri.

Il contributo di Kennedy si colloca nella tradizione del *Legal Realism* e dei *Critical Legal Studies* e serve anzitutto a comprendere il diverso ruolo (anche sotto il profilo politico) del giudice nei sistemi di *common law* ma altresì a mettere in discussione la “coerenza” di figure concettuali del diritto privato e la “neutralità” del processo decisionale del giudice.

Molto istruttivo il confronto con l’esperienza europea che – come Kennedy dichiara – tiene conto soprattutto dell’*“Italian thinking”*, con cui egli è *“much more familiar”* (p. 618); confronto che viene svolto dall’angolo di visuale del *“formal”* (proprietà, contratto, illecito civile, norme di legge, ecc.) contrapposto al *“social”* (diritto pubblico, diritti sociali, *legal standards*, ecc.).

5. – Di particolare interesse il capitolo dedicato alla responsabilità civile. Micklitz tratteggia nelle pagine introduttive il passaggio dalla responsabilità dell’individuo, collegata al riconoscimento della sua autonomia e dipendente dalla colpa, a forme di responsabilità dell’impresa, di tipo oggettivo, legate al rischio derivante dall’attività industriale, per pervenire infine alla responsabilità per danno da prodotto del ventesimo secolo.

I suddetti passaggi e le trasformazioni sociali brevemente indicate sono analizzati in noti saggi, di Louis Josserand, Guido Calabresi e Ulrich Beck, ancora oggi estremamente attuali per comprendere le trasformazioni della responsabilità civile che hanno accompagnato l’evoluzione della società europea degli ultimi due secoli, evoluzione caratterizzata da un vertiginoso

aumento del numero degli incidenti, considerati non più frutto del caso o del destino ma alla stregua di inevitabili conseguenze dei rischi creati dallo sviluppo tecnologico e industriale.

Ancora attuali, altresì, le “tecniche” utilizzate (in primo luogo) dalla giurisprudenza francese per non smentire, in termini generali, l’antico principio “*pas de responsabilité sans faute prouvée*”, tra cui il frequente ricorso a presunzioni di colpa previste dalla legge o costruite dal giudice, anche senza possibilità di fornire prova contraria, fino all’inevitabile accoglimento di fattispecie di responsabilità oggettiva che, tra l’altro, hanno costituito la base della moderna responsabilità per danno da prodotto difettoso.

Ben oltre mezzo secolo è ormai trascorso dalla pubblicazione del celebre saggio di Calabresi “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*” (1961), unanimemente considerato uno dei pilastri dell’analisi economica del diritto. Al riguardo, Micklitz osserva esattamente che l’originale lavoro di Calabresi precede quelli di Ludwig Raiser e di Josef Esser, attenti alla sociologia del diritto e ad una moderna teoria del diritto, ed anch’essi pietre miliari della storia del pensiero giuridico, per molti versi coscienti della dimensione economica del diritto, ma in definitiva testimoni di un diverso modo di concepire la scienza giuridica e la stessa “giustizia distributiva”.

Come già ricordato, l’analisi economica del diritto non ha ricevuto in Europa un consenso generalizzato. Tuttavia, a mio avviso, i criteri di distribuzione del rischio e delle perdite basati sull’efficienza economica, sia pure indirettamente, hanno contribuito a favorire anche nel vecchio continente il progressivo distacco dai criteri soggettivi di imputazione della responsabilità e quindi a moderne concezioni della disciplina, invero soltanto in parte rinvenibili nei *Principles of European Tort Law* (PETL).

Il saggio di Beck, dedicato alla *Risikogesellschaft*, informa anzitutto sui pericoli che l’evoluzione scientifica ha determinato in molteplici settori, dall’energia atomica, all’inquinamento ambientale, alle operazioni di impianto di semi artificiali, agli alimenti “velenosi”, settori diversi tra loro ma che presentano la comune caratteristica di interessare un numero molto elevato di persone. La descrizione di una società “insicura” e di una società di “diseguali” serve a distinguere tra i rischi a cui anche gli strati della popolazione più benestanti sono sottoposti, e quelli che riguardano quasi esclusivamente le classi meno abbienti. L’analisi dei diversi rischi e delle loro conseguenze dannose aiuta anzitutto a spiegare le diverse strade riscontrabili in USA e in Europa per prevenirli o per disciplinare le conseguenze degli eventi dannosi. Come avverte Micklitz nelle pagine intro-

duttive del capitolo, non sempre le tesi di Beck appaiono condivisibili, ma indubbiamente il saggio merita l'inclusione nell'Antologia, già per il fatto che sollecita la riflessione su un mondo ben diverso (e più pericoloso) di quello a cui guardavano i redattori dei codici europei.

La conclusione secondo cui la *Risikogesellschaft* è una *katastrophale Gesellschaft* può apparire eccessiva e pregnata di pessimismo, ma il giurista deve comunque prendere atto che i tradizionali strumenti di tutela per prevenire e riparare i “moderni” danni appaiono largamente insufficienti, sia sotto il profilo della “globalizzazione” delle attività pericolose sia sotto quello dell'enorme numero dei potenziali danneggiati e della gravità dei pregiudizi.

6. – Anche la lettura delle pagine sul diritto dei contratti – contenute soprattutto nei capitoli 8 e 17 – garantisce arricchimento culturale e offre spunti di riflessione. Almeno un cenno deve essere fatto al noto saggio di Claus-Wilhelm Canaris, del 1993, dedicato alla libertà contrattuale, alla questione del suo rapporto con la “giustizia”, alla luce dei principi costituzionali, nel quadro del mercato comune europeo. Il principio della libera scelta di “fini” e di “mezzi” caratterizza la *Privatrechtsgesellschaft* basata sulla *Vertragsfreiheit* che, garantendo la libertà di concludere il contratto e quella di determinare il contenuto, rappresenta lo strumento più efficiente che lo Stato può mettere a disposizione dei propri cittadini.

Al saggio di Canaris segue quello di Giuseppe Vettori su Contratto e concorrenza, del 2004, che esamina il rapporto tra le due discipline, da quella scarna (della concorrenza) contenuta nel codice civile fino alle disposizioni che, con il trascorrere degli anni, hanno regolato l'intervento pubblico, le Autorità di garanzia, dando vita ad una complessa normativa che trova il suo fondamento «in una cornice di regole, valori e principi che solo una Costituzione può fornire» (p. 699). L'analisi di Vettori, che tiene conto dell'esperienza statunitense e di quella europea, individua le ragioni «per sostenere la possibilità di un arricchimento reciproco fra il diritto dei contratti e le regole di concorrenza» (p. 704), auspicando in conclusione un ripensamento delle categorie del contratto e della concorrenza.

Introducendo il capitolo dedicato al contratto nel contesto sociale, Grundmann sottolinea il rilevante ampliamento della categoria del contratto che comprende ormai anche il “*relationale Vertrag*”, cioè il contratto da cui nasce una duratura relazione di affari tra due o più società, uno strumento di regolamentazione di interessi ben diverso dagli “*spot contracts*” della tradizione, ad es., una vendita di beni mobili, come pure il c.d. *Organisationsvertrag*, cioè il contratto che svolge la funzione di organizzare

l'attività di (una rete di) imprese. Già alla luce di queste considerazioni iniziali risulta evidente la distanza, concettuale e di disciplina, tra il contratto inteso come promessa e il contratto – qualsiasi contratto – da cui comunque nasce un rapporto, configurandosi una serie di obblighi, di comportamento secondo buona fede, di informazione, di attenzione per gli interessi della controparte, di rinegoziazione, che in un certo senso determinano una limitazione della stessa libertà contrattuale. Il primo dei contributi ripubblicati è quello – ben noto ai lettori italiani – di Stewart Macaulay su *Non-contractual relations in business: a preliminary study*, in cui si mette in luce il (sorprendentemente) ridotto significato del diritto – soprattutto sotto l'aspetto funzionale – in molti rapporti di affari.

Una visione in parte diversa si riscontra nel contributo di Williamson, secondo cui i contratti vengono formati ed eseguiti “all'ombra del diritto”, nel senso che le regole giuridiche costituiscono un sottofondo delle trattative e dello svolgimento del rapporto contrattuale, almeno per quanto concerne l'oggetto principale del contratto, la disciplina di eventi sopravvenuti e le conseguenze dell'inadempimento. In ogni caso, la soluzione di eventuali conflitti viene considerata possibile nell'ambito dell'esistenza di rapporti commerciali di lunga durata, mentre si sconsiglia il ricorso agli avvocati: «*You can settle any dispute if you keep the lawyers and accountants out of it*». Al riguardo, si chiede tuttavia Grundmann se queste “regole di esperienza” valgano, oggi, in un mercato globale, come nel circoscritto mondo dello stato del Wisconsin a cui si riferisce lo studio di Williamson.

Il *relational contract* costituisce l'oggetto anche del contributo di Ian MacNeil, che dialoga criticamente con gli altri “padri” dei contratti relazionali, accentuando – secondo il condivisibile giudizio di Grundmann, in modo eccessivo e ingiustificato – la “marginalità” dei tradizionali contratti di scambio (*discrete contracts*) nella moderna economia.

Occorre comunque prendere atto – ed anche la giurisprudenza italiana ne tiene conto – che alcuni rapporti contrattuali di lunga durata, ad esempio quelli tra una casa automobilistica e i suoi concessionari, si caratterizzano anzitutto per la necessità di considerevoli e specifici investimenti, in gran parte vanificati nel caso di interruzione del rapporto: rapporto che viene sovente “disturbato” dalle pressioni esercitate da una parte con la minaccia del recesso. Indubbiamente si tratta di problematiche sconosciute alla tramandata teoria (ad esperienza) dei contratti a prestazioni corrispettive, anche sotto il profilo della concorrenza, che si riscontra fino al momento della scelta del partner contrattuale (ad es. il concessionario), mentre dopo la conclusione del contratto il rapporto si

trasforma in un “monopolio bilaterale”, che esige quindi meccanismi di bilanciamento e specifici strumenti di tutela.

Nell’ambito dei contributi dedicati al diritto contrattuale può essere ricondotto anche l’importante saggio di Norbert Reich, collocato nel capitolo diciottesimo che si occupa della tradizionale tematica del passaggio dallo *status* al contratto (e per certi versi, di nuovo, dal contratto allo *status*). Come osserva Micklitz, l’articolo di Reich, intitolato “Teoria del diritto civile, scienza sociale e tutela del consumatore” ha costituito – a metà degli anni settanta del secolo scorso – un punto di svolta nella scienza giuridica tedesca.

Reich distingue, infatti, tre settori del diritto dei contratti, indicando il diverso ruolo dell’autonomia privata nell’ambito di ciascuno di essi: (a) contratti tra imprese; (b) contratti tra imprese e consumatori; (c) contratti tra “cittadini”. Nel primo e nel terzo dei settori l’autonomia privata continua a rappresentare il principio fondamentale del diritto contrattuale. Al contrario, nei rapporti contrattuali tra imprese e consumatori – in cui maggiormente si pone la “questione sociale” (*die soziale Frage*) – occorrono regole specifiche per tutelare i consumatori e, precisamente, un maggior numero di norme non derogabili. In tal senso si richiede una *Neustrukturierung* del diritto privato e del diritto dell’economia, che in gran parte si è effettivamente realizzata nel corso degli anni.

7. – Il capitolo 25, intitolato *Transnationales Recht*, tratta soprattutto il tema della globalizzazione e dei nuovi compiti che essa ha imposto al diritto e alla scienza giuridica. I due testi, di Philip C. Jessup e di Gunther Teubner, che seguono l’accurata introduzione di Renner, sono invero alquanto datati, ma estremamente significativi perché individuano con lungimiranza le problematiche causate dalla globalizzazione in molteplici ambiti (economia, tecnica, cultura, sport, religione). In particolare, si avverte che il diritto è stato chiamato a trovare criteri di regolamentazione e soluzioni che vanno oltre i confini degli stati nazionali e i tradizionali concetti di diritto internazionale, di trattati e di convenzioni internazionali. Un ruolo importante in questo contesto – ad avviso di Teubner – deve essere attribuito alla *lex mercatoria*. La comunità internazionale dei mercanti avrebbe anticipato, sotto questo profilo, la moderna globalizzazione del diritto. Precisamente, il corpo di regole consuetudinarie formatesi nel Medioevo (*lex mercatoria*) ha perduto di rilevanza con l’affermazione degli stati nazionali e a seguito della codificazione, rilevanza che è nuovamente cresciuta con l’avvento della globalizzazione, pur se – precisa Teubner – il

diritto consuetudinario deve essere tenuto ben distinto dal “diritto trasnazionale”.

Molto ben collegato al capitolo dedicato al *Transnational Law* è il successivo capitolo, che ha ad oggetto la “*private Ordnung*”, cioè il diritto posto dai privati – non soltanto nei rapporti internazionali – ed i suoi collegamenti con il diritto privato statale.

Come il lettore avrà immaginato, con la suddetta denominazione vengono indicati soprattutto i fenomeni delle condizioni generali di contratto, i contratti che disciplinano le reti di franchising, ecc. Ralf Michaels analizza i diversi tipi di “reazione” del diritto statale nei confronti di queste norme “private”, che vanno dal mancato riconoscimento alla incorporazione, dal riconoscimento sul piano fattuale alla integrazione nella gerarchia delle fonti del diritto. Qualsiasi forma di “reazione” dimostra peraltro che il diritto statale è cosciente di questa realtà. Molto significativi per la comprensione della problematica i due saggi riprodotti: il primo di Lisa Bernstein, sull’*opting out* dal sistema legale, illustra il funzionamento del mercato mondiale dei diamanti sulla base di *Extralegal Contractual Relations* (pratiche di affari di natura consuetudinaria e procedimenti arbitrali); il secondo, di Robert Ellickson, sull’*Order without Law*, che spiega come in determinati contesti sociali “norme informali” servano a risolvere i conflitti senza ricorrere alla legge. Il controllo sociale si basa, ovviamente, su regole di comportamento che prevedono un sistema di controlli (e di controllori) nonché di sanzioni in caso di violazione. Tali regole – ad avviso di Ellickson – impongono la previsione di *Meta-Regeln*, che dovrebbero coordinare i meccanismi di controllo privati e quelli statali.

8. – Gli ultimi tre saggi dell’opera, preceduti da una introduzione di Grundmann, sono dedicati alla questione del “diritto” creato dai privati, che si sviluppa in modo parallelo a quello dettato dallo Stato, mediante norme sociali, regole di comportamento e atti di autonomia negoziale. Ma nel contempo si affronta la questione – per molti versi di segno opposto – dell’influenza del diritto, in particolare delle norme dispositive, sui rapporti sociali, cioè della “efficacia dirigistica” di (mere) norme del diritto dispositivo, considerata – forse – addirittura più pregnante di quella delle norme imperative.

I saggi, che costituiscono dei classici della letteratura giuridica, presentano grande attualità, soprattutto alla luce della considerazione che il diritto statale vede restringersi i suoi campi di riferimento e, corrispondentemente, altre norme e regole estendono la loro efficacia in numerosi settori della vita sociale.

Il primo, di Jean Carbonnier, tratto dal volume sul “*Flexible Droit*”, è dedicato alla contrapposizione tra “*Le Droit et le Non-Droit*”, muovendo dalla considerazione che, nonostante la pretesa di completezza degli ordinamenti giuridici, il diritto (inteso anche come diritto dei giudici) non riesce ad abbracciare tutti i rapporti sociali. Il “*Non-Droit*” – osserva il sociologo del diritto – comprende quindi i settori in cui (di fatto) è escluso qualsiasi intervento del giudice, anche perché è lo stesso diritto che ha rinunciato alla sua pretesa di regolamentazione, sia per ragione di “costi” sia per la connessa difficoltà a livello di prova, come ad esempio avviene nei mercati finanziari – in caso di insufficiente informazione – con riguardo alla prova del nesso di causalità, oppure al principio di intollerabilità del rapporto matrimoniale che, in quasi tutti i paesi, rappresenta “un passo indietro” del diritto rispetto all’accertamento delle cause della crisi del matrimonio.

Il secondo saggio, di Mark Granovetter, studia soprattutto l’influenza dei legami forti (parentela, convivenza, amicizia, ecc.) o deboli (conoscenze) nella vita sociale e in particolare nei rapporti di lavoro, a cominciare dalla ricerca del posto di lavoro. L’inserimento nella società e i rapporti sociali influenzano lo sviluppo dell’economia e possono favorire rapporti contrattuali particolarmente vantaggiosi. L’“affidamento” determinato dai rapporti sociali non soltanto “aiuta” nella costruzione dei rapporti, ma in molti casi “protegge”, mentre la sua violazione rileva a volte a livello sanzionatorio, come avviene ad esempio nel caso della rottura ingiustificata delle trattative contrattuali.

Infine, particolarmente interessante per il lettore italiano, anche sotto il profilo della recente “privatizzazione del divorzio”, il saggio di Robert H. Mnookin e Lewis Kornhauser dedicato agli accordi presi “all’ombra della legge” in occasione di crisi del rapporto coniugale, materia in cui indubbiamente aspetti economici si sovrappongono a quelli sociologici e giuridici.

Gli autori, esaminando il ruolo del diritto nella vicenda del divorzio, si soffermano sull’impatto, rispetto al sistema giuridico, delle trattative e degli accordi che si svolgono e vengono raggiunti fuori dalle aule dei tribunali. La funzione di una moderna disciplina del divorzio, d’altra parte, non è quella di imporre soluzioni dall’esterno ma di offrire un quadro di riferimento, entro il quale gli stessi coniugi possano determinare diritti e obblighi per il periodo successivo allo scioglimento del matrimonio. In altri termini, la legge assegna agli interessati il compito di elaborare autonomamente la migliore regolamentazione del rapporto.

Soprattutto negli USA e in Inghilterra molte coppie che divorziano trovano una soluzione concordata alle questioni che riguardano la proprietà comune, il mantenimento e l'affidamento dei figli, fuori dalle aule di giustizia. Il problema, che si presenta in modo analogo in tutti gli ordinamenti giuridici, è quello di stabilire se ed entro quali limiti possano essere considerati efficaci gli accordi dei coniugi, posto che in ogni caso la legge stabilisce quando è possibile divorziare, quale procedimento occorre seguire e quali sono le conseguenze (principali) del divorzio.

Nell'ambito del quadro brevemente indicato si colloca la mediazione, alla quale i moderni ordinamenti giuridici lasciano spazio, nella materia in esame, per molteplici ragioni. La mediazione determina in primo luogo un contenimento dei costi (sociali e privati) rispetto a quelli causati dal ricorso al giudice; tutela l'interesse dei figli, i quali – alla luce di studi recenti – risentono meno delle conseguenze della separazione dei genitori se le questioni che li riguardano sono frutto di un accordo; riduce il rischio, per ciascun coniuge, di vedere respinta del tutto una richiesta; evita le lungaggini del procedimento giudiziale; ed infine, offrendo una soluzione concordata, soddisfa maggiormente le aspettative di ciascun coniuge rispetto ad una regolamentazione imposta da un terzo. Si consideri che, fatta eccezione per l'affidamento dei figli, le questioni che tipicamente vengono lasciate alla decisione del giudice hanno ad oggetto aspetti patrimoniali: ad es. divisione della proprietà comune; diritti di un coniuge sui futuri guadagni dell'altro, cioè diritto al mantenimento; diritti di natura patrimoniale dei figli. Non sussistono pertanto interessi che trascendono la sfera privata dei soggetti coinvolti e, in quanto tali, impongono l'intervento del giudice.

9. – La maggiore o minore curiosità per determinati argomenti ha spinto il recensore a soffermarsi su alcuni saggi piuttosto che su altri. D'altra parte, un'Antologia serve a soddisfare esigenze diverse presentando, nonostante un disegno unitario e il rispetto di un rigoroso percorso, le caratteristiche di un'opera di consultazione, in questo caso preziosa per la varietà dei temi trattati e l'alto livello dei contributi.

Peraltro, nonostante la molteplicità delle problematiche affrontate e la provenienza degli Autori da diversi continenti, può individuarsi – a mio avviso – un filo conduttore consistente nel tentativo di offrire una base culturale di altissimo livello, utilizzabile soprattutto per chi anela ad un diritto privato europeo. In molte pagine, più o meno recenti, ad esempio in quelle di Franz Wieacker, ricorre il richiamo alla *europäische Rechtskultur*: essa va curata e nutrita con passione non soltanto perché costituisce

base essenziale per armonizzare il diritto europeo⁽¹⁰⁾ ma soprattutto per consentire una migliore convivenza nel vecchio continente.

I curatori, ai quali deve essere rivolto un sincero apprezzamento per l'equilibrata selezione dei contributi e per le accurate "introduzioni" alle varie tematiche, hanno annunciato una traduzione in lingua inglese dell'opera, che dovrebbe agevolare la diffusione anche nel nostro Paese.

⁽¹⁰⁾ In questo senso v. soprattutto R. ZIMMERMANN, „*Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...*”. *Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*, in *AcP* 193 (1993), p. 121 ss., spec. 169 ss.